

## A ATUALIDADE DO DEBATE DA CRISE PARADIGMÁTICA DO DIREITO E A RESISTÊNCIA POSITIVISTA AO NEOCONSTITUCIONALISMO

LENIO LUIZ STRECK\*

Palavras-chave: Direito positivo. Crise paradigmática do Direito. Neoconstitucionalismo.

Embora o avanço que as diversas posturas críticas têm representado no campo da teoria do direito e do direito constitucional, torna-se necessário, ainda, reafirmar uma velha questão, sobre a qual venho me debruçando, mormente a partir da Constituição de 1988: a crise de paradigmas que atravessa o imaginário dos juristas. Com efeito, passados dezoito anos, a crise está longe de ser debelada. Como tenho referido em vários textos – principalmente em *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*<sup>1</sup> –, a crise possui uma dupla face: de um lado, uma crise de modelo de direito (preparado para o enfrentamento de conflitos interindividuais, o direito não tem condições de enfrentar/atender às demandas

---

\* Pós-doutorado em Direito Constitucional e Hermenêutica (Lisboa). Doutor e Mestre em Direito do Estado (UFSC). Professor Titular dos Cursos de Mestrado e Doutorado do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS/RS. Professor Visitante da Universidade de Coimbra (Portugal). Coordenador do 'Acordo Internacional Capes-Grices' entre a UNISINOS e a Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Professor Convidado da UNESA/RJ. Professor Visitante da Universidade de Lisboa. Professor Visitante da Universidad de Valladolid-ES. Membro Conselheiro do Instituto de Hermenêutica Jurídica (IHJ). Procurador de Justiça (RS).

1 STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

de uma sociedade repleta de conflitos supraindividuais), problemática de há muito levantada por autores como José Eduardo Faria; de outro, a crise dos paradigmas aristotélico-tomista e da filosofia da consciência, o que significa dizer, sem medo de errar, que ainda estamos reféns do esquema sujeito-objeto.

Fundamentalmente, essa crise de dupla face sustenta o modo exegético-positivista de fazer e interpretar o direito. Explicando melhor: se, de um lado, parte considerável do direito ainda sustenta posturas objetivistas (em que a objetividade do texto sobrepõe-se ao intérprete, ou seja, a lei “vale tudo”, espécie de consolidação do “paraíso dos conceitos do formalismo” de que falava Hart); de outro, há um conjunto de posições doutrinário-jurisprudenciais assentadas no subjetivismo, segundo o qual o intérprete (sujeito) sobrepõe-se ao texto, ou seja, “a lei é só a ponta do *iceberg*, isto é, o que vale são os valores ‘escondidos’ debaixo do *iceberg*” (sic). A tarefa “crítico-revolucionária” do intérprete seria a de “descobrir” esses valores “submersos”... O aspecto “crítico” estaria no fato de que o barco do positivismo bateria contra os “valores submersos”!

Isto tem sido assim porque, com sustentação em Kelsen e Hart (para falar apenas destes), passando pelos realistas norte-americanos e escandinavos, construiu-se, com o passar dos anos, uma resistência ao novo paradigma de direito e de Estado que exsurgiu com o segundo pós-guerra. O novo constitucionalismo – que exige uma nova teoria das fontes, uma nova teoria da norma e um novo modo de compreender o direito – ainda não aconteceu, com a necessária suficiência, em *terrae brasiliis*. Ainda não compreendemos o cerne da crise, isto é, que *o novo paradigma do direito instituído pelo Estado Democrático de Direito é nitidamente incompatível com a velha teoria das fontes<sup>2</sup>, com a plenipotenciariade dos discursos de fundamentação, sustentada no predomínio da regra e no desprezo pelos discursos de aplicação, e, finalmente, com o modo de interpretação fundado (ainda) nos paradigmas aristotélico-tomista e da filosofia da consciência*. Assim, a teoria positivista das fontes vem a ser superada pela Constituição; a velha teoria da norma cederá lugar à superação da regra pelo princípio; e o velho *modus* interpretativo subsuntivo-dedutivo – fundado na relação epistemológica sujeito-objeto – vem a dar lugar ao giro lingüístico-ontológico, fundado na intersubjetividade.

Trata-se, pois, de três barreiras à plena implementação do novo paradigma representado pelo Estado Democrático de Direito. Essas barreiras fincam raízes na

2 Talvez o exemplo mais contundente acerca desse problema ocasionado pela (ainda) não superada teoria das fontes é a interpretação que o Supremo Tribunal Federal deu ao texto que estabelece a garantia fundamental ao mandado de injunção. Para a Suprema Corte brasileira, o dispositivo constitucional não é auto-aplicável, carecendo, pois, de *interpositio legislatoris*.

concepção positivista de direito<sup>3</sup>, que identifica *texto e norma, vigência e validade*, ignorando a parametricidade formal e material da Constituição, fonte de um novo constituir da sociedade. Se o positivismo está fundado em um mundo de regras que, metafisicamente, pretendem abarcar a realidade – circunstância que afasta toda perspectiva principiológica –, torna-se necessário compreender a origem da diferença entre *regra e princípio*, porque nela – na diferença – está novamente a questão que é (ou deve ser) recorrente em qualquer teoria que se pretenda crítica e que objetive transformar o direito em um saber prático: pela regra fazemos uma justificação de subsunção (portanto, um problema hermenêutico-filosófico), que no fundo é uma relação de dependência, de subjugação, e, portanto, *uma relação de objetivação* (portanto, um problema exurgente da predominância do esquema sujeito-objeto); já por intermédio do princípio não operamos mais a partir de dados ou quantidades objetiváveis, isto porque, ao trabalhar com os princípios, o que está em jogo não é mais a comparação no mesmo nível de elementos, em que um elemento é causa e o outro é efeito, mas, sim, o que está em jogo *é o acontecer daquilo que resulta do princípio, que pressupõe uma espécie de ponto de partida, que é um processo compreensivo.*

3 Nesse sentido, em face da complexidade/dificuldade para definir as diversas posturas positivistas, não parece desarrazoado a opção por uma classificação – que poderia ser denominada “a contrario sensu”, a partir das características das posturas consideradas e autodenominadas pós-positivistas, entendidas como as teorias contemporâneas que privilegiam o enfoque dos problemas da indeterminabilidade do direito e as relações entre o direito, a moral e a política (teorias da argumentação, a hermenêutica, as teorias discursivas, etc.). Ou seja, é mais fácil compreender o positivismo a partir das posturas que o superam. Autores como Albert Casalmiglia (Postpositivismo. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 22, Alicante, 1998, p. 209-220) consideram que a preocupação das teorias pós-positivistas é com a indeterminação do direito nos casos difíceis, ou seja, para os pós-positivistas, o centro de atuação deslocou-se em direção da solução dos casos indeterminados (mais ainda, os casos difíceis não mais são vistos como excepcionais). Afinal, os casos simples eram resolvidos pelo positivismo com recurso às decisões passadas e às regras vigentes. Já nos casos difíceis estava-se em face de uma “terra inóspita”. “No deja de ser curioso que cuando más necesitamos orientación, la teoría positivista enmudece”. Daí a debilidade do positivismo (*lato sensu*), que sempre dependeu de uma teoria de adjudicação, que indicasse como devem se comportar os juízes (e os intérpretes em geral). Veja-se a pouca importância dada pelo positivismo à teoria da interpretação, sempre deixando aos juízes a “escolha” dos critérios a serem utilizados nos casos complexos. Para o pós-positivismo, uma teoria da interpretação não prescinde de valoração moral, o que está vedado pela separação entre direito e moral que sustenta o positivismo. O pós-positivismo aceita que as fontes do direito não oferecem resposta a muitos problemas e que se necessita de conhecimento para resolver estes casos. Alguns são céticos sobre a possibilidade do conhecimento prático, porém, em linhas gerais, é possível afirmar que existe um esforço pela busca de instrumentos adequados para resolver estes problemas (Dworkin e Soper são bons exemplos disso). Em acréscimo às questões levantadas por Casalmiglia, vale referir o acirramento da crise das posturas positivistas diante do paradigma neoconstitucionalista, em face da sensível alteração no plano da teoria das fontes, da norma e das condições para a compreensão do fenômeno no interior do Estado Democrático de Direito, em que o direito e a jurisdição constitucional assumem um papel que vai muito além dos “planos” do positivismo jurídico e do modelo de direito com ele condizente.

Este é o estado da arte do *modus interpretativo* que ainda domina o imaginário jurídico prevalente em parcela considerável da doutrina e da jurisprudência praticada no Brasil. Trata-se, fundamentalmente, de um problema paradigmático, bem representado por aquilo que venho denominando “baixa constitucionalidade” e “crise de dupla face”, ambos fenômenos caudatários de uma espécie de acoplamento do *Trilema de Münchhausen*<sup>4</sup> ao mundo jurídico brasileiro<sup>5</sup>. Talvez por isto não cause estranheza à comunidade jurídica a recentíssima decisão de um juiz federal que, em resposta aos embargos de declaração em que o advogado questionava o fato de a sentença não ter se manifestado sobre a “obrigação de controle difuso da constitucionalidade” levantada como questão prejudicial, rejeitou o provimento, sob o argumento de que “ao cumprir seu dever constitucional de fundamentar as decisões, o juiz não é obrigado a analisar ponto por ponto todas as alegações deduzidas” (grifei). O problema é que o ponto principal questionado pelo advogado era, exatamente, a *inconstitucionalidade de um ato normativo*!

Do mesmo modo, veja-se a decisão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, deixando assentado que “a *inconstitucionalidade de uma lei, ou ato normativo, sabidamente, não se presume, nem seria possível declará-la no âmbito restrito do habeas corpus*” (grifei)<sup>6</sup>.

Em linha similar:

Ação rescisória. Fundamento em incompetência da Turma julgadora e violação literal de lei. Procedência pelo segundo fundamento. (...)

O controle difuso da constitucionalidade das leis ocorre quando qualquer órgão judicial (monocrático ou colegiado), para decidir a causa, tenha de examinar, previamente, a questão de ser ou não constitucional a norma legal que tenha incidência na demanda. Por esse exame, que *independe de arguição do incidente de inconstitucionalidade*, não declara o órgão judicial a incons-

4 Ver, para tanto, ALBERT, Hans. *Tratado da Razão Crítica*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1976.

5 É difícil mensurar a dimensão da crise. Bem recentemente, o país assistiu perplexo à tentativa de se convocar uma Assembleia Constituinte, que colocaria o direito constitucional brasileiro abaixo do que provavelmente se estuda na Suazilândia. E no parlamento chegou a ser lavrado parecer na requerida PEC 157, na qual se decretava que “o poder constituinte é uma ficção” (sic). Transcendendo às fronteiras do direito *stricto sensu*, o país assistiu em rede nacional ao humorista e apresentador de TV, Jô Soares, ironizar a Constituição do Brasil, comparando-a em tamanho com a dos Estados Unidos. Para piorar o quadro, uma jornalista presente – eram quatro na mesa para comentar as várias CPIs instaladas em 2005 – explicou a discrepância nas dimensões das respectivas Cartas: a dos Estados Unidos era sintética, porque fora fruto do sistema germânico (sic); a do Brasil era “grande”, porque inspirada no sistema romano... (sic)! E os estudantes de direito presentes aplaudiram a “explicação”.

6 HC nº 752396 e HC nº 753097, Rel. Des. Lécio Resende, 1ª Turma Criminal, TJDF, j. em 20/03/97, DJU 14/05/97 p. 9.378).

titucionalidade da lei. Simplesmente deixa de aplicá-la em face do caso concreto, por considerá-la inconstitucional. Há diferença entre declarar-se que a lei é inconstitucional (controle direto, com efeito *erga omnes*) e deixar-se de aplicar a lei por se a considerar inconstitucional” (controle difuso, com efeito apenas no caso julgado)<sup>7</sup> (grifei).

No exato contexto da presente crítica à crise paradigmática do direito, confira-se as decisões a seguir delineadas, nas quais o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul faz uma auto-restrição acerca do seu poder/dever de controlar a constitucionalidade das leis:

Embora, no Regimento Interno deste Tribunal seja possível a um Órgão Fracionário levar ao Órgão Especial uma possível arguição de inconstitucionalidade de lei municipal ou mesmo estadual, frente à Constituição Estadual, *o Órgão Especial não tem competência para decidir matéria de lei estadual que fira a Constituição Federal*. Então, a matéria não está na competência deste Tribunal nem deste Órgão Fracionário<sup>8</sup>.

Destarte, no controle difuso, quando o Tribunal Pleno ou Órgão Especial não tem competência para *declarar* a inconstitucionalidade de tal modo que provoque a suspensão da execução pela Assembléia Legislativa, a competência é do Órgão Fracionário, que examinará a matéria em relação ao STF, assim como o juízo de Primeiro Grau em relação ao Segundo. O juiz *não declara* inconstitucional a lei ou ato porque a competência pertence ao STF ou ao pleno ou Órgão Especial do TJ, mas deixa de aplicá-los por considerá-los inconstitucionais. Assim também faz o Órgão Fracionário em tais casos. Se a competência *declarar* é do Pleno ou Órgão Especial do Tribunal de Justiça, faz o envio; e se a competência é do STF, deixa de aplicá-los por considerá-los

7 ARC nº 50896, Rel. Des. Valter Xavier, 1ª Câmara Cível, TJDE, j. em 02/09/98, DJU 14/10/98, p. 30. Como se pode verificar, o acórdão em tela confunde os conceitos de controle difuso e controle concentrado. Em primeiro lugar, cabe referir que o art. 97 da Constituição, que estabelece a reserva de plenário (*full bench*), não é aplicável tão-somente ao controle concentrado/direto/abstrato de constitucionalidade. Ao contrário, exatamente em face da reserva de plenário é que o art. 97 aplica-se ao controle difuso. É por ele que ocorre a cisão de competência, fazendo com que, *per saltum*, a questão constitucional (portanto, questão prejudicial) seja catapultada do órgão fracionário para o plenário do tribunal (ou órgão especial). Em segundo lugar, ao contrário do que assentou o Tribunal, não há diferença entre “declarar-se que a lei é inconstitucional” (que, equivocadamente, o Tribunal considera característica exclusiva do controle direto), e “deixar-se de aplicar a lei por se a considerar inconstitucional”. Na verdade, se o órgão fracionário entender que a lei é inconstitucional, não pode ele deixar de aplicá-la sem suscitar o respectivo incidente (a exceção consta no parágrafo único do art. 481 do CPC). *Ao deixar de aplicar a lei por entendê-la inconstitucional, estará o órgão fracionário subtraindo do plenário do tribunal a prerrogativa (que é só dele, neste caso) de declarar a inconstitucionalidade da lei, no âmbito do controle difuso, ocorrendo, destarte, flagrante violação do art. 97 da Constituição.*

8 Apelação Cível nº 70000205609, Rel. Des. Wellington Pacheco Barros, 4ª Câmara Cível, TJRS, j. em 23/08/00).

inconstitucionais. Neste caso – repito – não deve nem pode fazer o envio, pois estará delegando jurisdição, e qualquer manifestação do Pleno ou do Órgão Especial, sob o ponto de vista constitucional, é inócua. Por isso mesmo o voto refere a questão dos efeitos externos e a competência exclusiva do STF. Desacolho<sup>9</sup>.

Já o Tribunal de Justiça de São Paulo, em sede de Agravo de Instrumento (nº 313.238-5/1-00), deu por inconstitucional a Lei Federal n.º 10.628/02 – que tratava do foro especial para prefeitos –, sem qualquer menção à necessidade do cumprimento do disposto no art. 97 da Constituição. Ou seja, aquilo que constitui o núcleo central do controle difuso é deixado de lado, fenômeno que pode ser conferido pelo ínfimo número de incidentes de inconstitucionalidade suscitados nos tribunais da federação.

Como é possível perceber, os problemas decorrentes de uma “baixa constitucionalidade” podem ser constatados nos mais diversos âmbitos do direito e sob os mais diversos matizes. O déficit de constitucionalização da operacionalidade do direito tem suas feridas expostas na (metafísica) equiparação entre *vigência* e *validade* (o que equivale hermenêuticamente a equiparar *texto* e *norma*, *vigência* e *validade*). Com isto, *a Constituição fica relegada a um segundo plano, porque sua parametricidade perde importância na aferição da validade de um texto.*

Nesse sentido, calha registrar o não distante episódio da entrada em vigor do Código Civil em 2003, ocasião em que foi possível – e ainda é – detectar o grau de arraigamento às concepções metafísico-dualísticas. Com efeito, na medida em que o Código demorou quase três décadas para ser aprovado, era inevitável que o produto final contivesse uma sucessão de equívocos, que vão de simples incompatibilidades no plano das antinomias até flagrantes inconstitucionalidades. Já nos primeiros meses centenas de emendas foram encaminhadas ao Congresso Nacional, esperando que este viesse a corrigir as anomalias. O que causa maior estranheza é que um expressivo número dessas emendas eram (e continuam sendo) desnecessárias, uma vez que os alegados vícios são perfeitamente sanáveis a partir de um adequado manejo da interpretação constitucional, *mediante a aplicação da jurisdição constitucional*. É evidente que sempre é melhor que uma lei seja corrigida pelo próprio legislador. Entretanto, a cidadania não pode ficar à mercê dessa longa espera pelo legislador, correndo-se o risco do solapamento da própria Constituição. O inusitado advém do fato de que, em alguns casos, os juízes continua(ra)m aplicando determinados dispositivos, mesmo

9 Embargos de Declaração nº 70004895660 ao Agravo de Instrumento nº 70003602158, Rel. Des. Irineu Mariani, 1ª Câmara Cível, TJRS, j. em 04/09/02.

sabendo da tramitação de emendas propondo a derrogação dos mesmos, por violação da Constituição (v.g., art. 1621, §2º; art. 1641, inc. II; art. 1614; art. 1694, §2º; para citar tão-somente algumas incidências). Em outros casos, bastaria a aplicação da interpretação conforme e as emendas tornar-se-iam dispensáveis (v.g., art. 1602; art. 1.638, inc. III; art. 1566, incs. I e II; art. 1727-A; para ficar apenas em alguns dos casos objetos de emendas). Ou seja, uma adequada filtragem hermenêutico-constitucional do novo Código Civil eliminaria, de imediato, a maior parcela de suas anomalias. Mas, como se pode perceber, a velha teoria das fontes não permite a distinção entre *vigência* e *validade*, entre *texto* e *norma*.

A ausência de uma nova teoria das fontes fez – e continua fazendo – vítimas nos diversos campos do direito. Para se ter uma idéia, o princípio constitucional da ampla defesa (art. 5º, inc. LV, da Constituição do Brasil) ficou quinze anos sem ser aplicado nos interrogatórios judiciais, sem que a doutrina e a jurisprudência – com raríssimas exceções – reivindicassem a aplicação direta da Constituição. Com efeito, até o advento da Lei n.º 10.792, de 1º de dezembro de 2003, os acusados de *terrae brasilis* vinham sendo interrogados sem a presença de defensor. Os raríssimos acórdãos (v.g., da 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul) que anulavam interrogatórios realizados sem a presença de advogado, sistematicamente eram atacados via recursos especial e extraordinário. E, registre-se, o Superior Tribunal de Justiça anulava os acórdãos que aplicavam a Constituição sem *interpositio legislatoris*, reforçando, assim, a problemática relacionada a um dos três obstáculos que o positivismo opõe ao neoconstitucionalismo: a teoria das fontes. De qualquer sorte, não há notícias de que os manuais de direito processual penal, neste espaço de vigência da Constituição, tenham apontado na direção de que seria nulo qualquer interrogatório sem a presença do defensor. Note-se que, nesse período de três lustros, foram escritos centenas de obras (comentários) ao Código de Processo Penal. Mas – e aqui vai a confissão da crise paradigmática – bastou que a nova Lei viesse ao encontro da (tênue) jurisprudência forjada inicialmente na 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, para que a polêmica se dissolvesse instantaneamente. Sendo mais claro: *os juristas preferiam não obedecer a Constituição, da qual era possível extrair, com relativa facilidade, o império do princípio do devido processo legal e da ampla defesa*; entretanto, com o advento da Lei n.º 10.792/03, estabelecendo exatamente o que dizia a Constituição, cessaram-se os problemas. Obedece-se à lei, mas não se obedece à lei das leis...!<sup>10</sup> É como se a vigência de um texto contivesse, em si mesma, a sua validade.

10 Registre-se a dimensão da crise que obstaculiza o acontecer da Constituição: mesmo com o advento da lei, um dos manuais mais vendidos no Brasil resiste em aceitar essa constitucionalização do direito de defesa, *verbis*:

Ainda no mesmo diapasão, a dimensão da crise faz com que não cause maiores perplexidades (na comunidade jurídica) o modo-de-agir dos juristas que, sob uma outra perspectiva, negam a validade da Constituição naquilo que deve ser entendida como instituidora de um novo modus interpretativo, apto a superar o modelo subsuntivo próprio do (ainda) prevalecente positivismo jurídico, valendo referir, v.g.:

- a) uma denúncia criminal por porte ilegal de arma feita contra um cidadão que tentou suicídio em sua própria casa, desgostoso que estava com o iminente abandono de sua esposa amada (*e o juiz o condenou à pena de um ano e dois meses de prisão*)<sup>11</sup>;
- b) o caso do juiz que, no ano da graça de 2005, condenou um indivíduo – não esqueçamos que, para tanto, o Promotor de Justiça ofereceu a respectiva denúncia – à pena de um ano e dois meses de reclusão, mais multa, *a ser cumprida em regime fechado* (sic), por ter subtraído três painéis usados, de ínfimo valor<sup>12</sup>;
- c) também no ano de 2005, um indivíduo condenado à pena de um ano e sete meses de reclusão, a ser cumprida em regime semi-aberto, por ter “cometido crime de estelionato”, consistente no ato de “enganar” o proprietário de um estabelecimento comercial na compra de dois copos (pequenos) de aguardente<sup>13</sup>;
- d) o caso ocorrido em São Paulo, em que, enquanto uma mulher respondia presa a processo criminal por furtar sabonetes (ou algo desse tipo), Maluf e seu filho foram liberados, não havendo, ao que se saiba, nenhum clamor “jurídico-popular”, nem no primeiro e nem no segundo casos;
- e) um cidadão teve sua prisão preventiva requerida por passar um cheque de R\$ 60,00 (sessenta reais); a prisão foi indeferida, mas ele foi condenado à pena de dois anos de reclusão;
- f) outro restou condenado à pena de dois anos de reclusão por ter furtado um par de tênis usado e pequenos objetos, tudo avaliado em menos de R\$ 50,00 (cinquenta reais). O acusado negou a autoria; *seu advogado, entretanto, “confessou” o delito em nome do réu*;

---

“A realização do interrogatório, sem a presença do seu defensor ou, pelo menos, de defensor *ad hoc*, configura, em nosso entendimento, nulidade relativa, afinal, pode não ter acarretado prejuízo algum ao réu” (NUCCI, Guilherme. *Código de Processo Penal Comentado*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 385).

11 Apelação-crime nº 70001945070, Rel. Des. Amilton Bueno de Carvalho, 5ª Câmara Criminal, TJRS, j. em 07/02/01).

12 Apelação-crime nº 70013630520, Rel. Des. Aramis Nassif, 5ª Câmara Criminal, TJRS.

13 Apelação-crime nº 70013705769, Rel. Des. Aramis Nassif, 5ª Câmara Criminal, TJRS.



- g) de Santa Catarina vem a notícia de que um casal ficou preso preventivamente por 46 (quarenta e seis) dias, por tentar furtar um par de chinelos.

Não há, pois, ser-no-mundo; não há princípios; não há *ethos*; não há paridade axiológica e, portanto, não há isonomia. Há, sim, apenas regras. E abstrações. E subsunções. Talvez porque fossem “casos fáceis” (*easy cases*), em que a regra “resolveu” o problema, como na hipótese em que um campesino foi condenado, em pleno ano de 2005, à pena de dois anos de reclusão, mais multa, por ter disparado um tiro de espingarda para o alto, a fim de espantar animais que invadiram sua propriedade rural. Afinal, a regra (art. 15 da Lei n.º 10.826/03) estabelece “exatamente” que o disparo de arma de fogo é crime. Num “mundo jurídico” sem princípios, sem mundo prático, o caso foi interpretado como um *easy case*, quando, na verdade, trata-se de um *hard case* (embora a inadequação da distinção entre *easy* e *hard cases*)<sup>14</sup>.

Os exemplos simbolizam a crise de dupla face, que esconde facilmente, por exemplo, a “realidade” representada pelas idiosincrasias constantes na legislação penal brasileira, na qual “adulterar chassi de automóvel” tem pena maior que “sonegação de tributos”, e “furto de botijão de gás” realizado por duas pessoas tem pena (bem) maior do que “fazer caixa dois”. Mais, se alguém sonega tributos, tem a seu favor um longo e generoso REFIS<sup>15</sup>; já na hipótese do ladrão de botijões, mesmo que

14 Distinguir casos fáceis e casos difíceis significa cindir o que não pode ser cindido: o compreender, com o qual sempre operamos e que é condição de possibilidade para a interpretação (portanto, da atribuição de sentido do que seja um caso simples ou um caso complexo). Afinal, como saber se estamos em face de um caso fácil ou de um caso difícil? Para que se entenda tal problemática – e o socorro vem da percutiente análise de Stein –, é preciso ter presente que em todo processo compreensivo o desafio é levar os fenômenos à representação ou à sua expressão na linguagem, chegando, assim, ao que chamamos de objetivação. Isso naturalmente tem um caráter ôntico, uma vez que é a diversidade dos fenômenos e dos entes que procuramos expressar, referindo-nos a esse ou àquele fenômeno ou ente. Quando chegamos ao final de tais processos de objetivação, realizamos provavelmente aquilo que é o modo máximo de agir do ser humano. Entretanto, esse resultado da objetivação pressupõe um modo de compreender a si mesmo e seu ser-no-mundo que não é explicitado na objetivação, mas que podemos descrever como uma experiência fundamental que se dá no nível da existência e que propriamente sustenta a compreensão como um todo.

15 Recentemente foi promulgada a Lei n.º 10.684/03, que, seguindo a tradição inaugurada pela Lei n.º 9.249/95 (que, no seu art. 34, estabelecia a extinção de punibilidade dos crimes fiscais pelo ressarcimento do montante sonegado antes do recebimento da denúncia), estabeleceu a suspensão da pretensão punitiva do Estado referentemente aos crimes previstos nos arts. 1.º e 2.º da Lei n.º 8.137/90 e nos arts. 168-A e 337-A do Código Penal, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no regime de parcelamento (art. 9º). Mais ainda, estabeleceu a nova lei a extinção da punibilidade dos crimes antes referidos quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios. De pronto, cabe referir que inexistente semelhante favor legal aos agentes acusados da prática dos delitos dos arts. 155, 168, *caput*, e 171, do Código Penal, igualmente crimes de feição patrimonial não diretamente violentos. Fica claro, assim, que, para o establish-

ele devolva o material subtraído, não terá a seu favor os benefícios concedidos aos sonegadores. Do mesmo modo, a crise paradigmática conseguiu esconder muito bem (não esqueçamos que o discurso ideológico tem eficácia na medida em que não é percebido) o fato de que, com o advento da Lei n.º 10.259/01, os crimes de abuso de autoridade, maus tratos em crianças, sonegação de tributos, fraude em licitações, dentre muitos outros, foram transformados em *soft crimes*, isto é, em crimes de “menor potencial ofensivo” (sic), tudo sob o silêncio eloquente da comunidade jurídica.

Construiu-se, pois, um imaginário jurídico assentado em uma cultura *prêt-à-porter*, estandardizada, em que o ensino jurídico é reproduzido a partir de manuais, a maioria de duvidosa qualidade. Com efeito, simbolicamente, os manuais<sup>16</sup> que povoam o imaginário dos juristas representam com perfeição o estado d’arte da crise. Os próprios exemplos utilizados em sala de aula, através dos próprios manuais, estão desconectados daquilo que ocorre em uma sociedade complexa como a nossa. Além disso, essa cultura estandardizada – e aqui está o problema da prevalência dos paradigmas metafísicos clássico e moderno – procura explicar o direito a partir de verbetes jurisprudenciais ahistóricos e atemporais, ocorrendo, assim, uma ficcionalização do mundo jurídico-social.

Alguns exemplos beiram ao folclórico, como no caso da explicação do “estado de necessidade” constante no art. 24 do Código Penal, não sendo incomum encontrar professores (ainda hoje) utilizando o exemplo do naufrágio em alto-mar, em que duas pessoas (Caio e Tício, personagens comuns na cultura dos manuais) “sobem

---

*ment, é mais grave furtar e praticar estelionato do que sonegar tributos e contribuições sociais.* Daí a pergunta: tinha o legislador discricionariedade (liberdade de conformação) para, de forma indireta, descriminalizar os crimes fiscais (*lato sensu*, na medida em que estão incluídos todos os crimes de sonegação de contribuições sociais da previdência social)? Poderia o legislador retirar da órbita da proteção penal as condutas dessa espécie? Creio que a resposta a tais perguntas deve ser negativa. No caso presente, não há qualquer justificativa de cunho empírico que aponte para a desnecessidade da utilização do direito penal para a proteção dos bens jurídicos que estão abarcados pelo recolhimento de tributos, mormente quando examinamos o grau de sonegação no Brasil. No fundo, a previsão do art. 9º da Lei n.º 10.684/03 nada mais faz do que estabelecer a possibilidade de converter a conduta criminosa – prenhe de danosidade social – em pecúnia, favor que é negado a outras condutas. Também aqui – com raríssimas exceções – não tem havido qualquer resistência constitucional no plano da operacionalidade do Direito. A respeito do tema, ver STRECK, Lenio Luiz. Da proibição de excesso (*Übermassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*): de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, (Neo)constitucionalismo*, n. 2, Porto Alegre, 2004, p. 243-284.

- 16 Os exemplos citados são todos verídicos. As obras, seus autores e demais protagonistas desta crônica não serão explicitados, porque o objetivo não é elaborar uma crítica pessoal, mas, sim, uma crítica científica ao imaginário (senso comum teórico) dos juristas. Nesse contexto, cada jurista assume um lugar no interior desse imaginário, fazendo parte de um complexo de significações, como o indivíduo que está “em uma ideologia”: se está, não pode dizê-lo; se pode dizer, é porque já não está. Talvez por isto a ideologia tenha eficácia na exata medida em que não a percebemos (M. Chauf).

em uma tábua” e, na disputa por ela, um deles é morto (em estado de necessidade...!). A pergunta fica mais “sofisticada” quando o professor resolve discutir o “foro de julgamento” de Caio (entra, então, a relevantíssimo debate acerca da origem da referida tábua, como se pudesse haver outra flutuando em alto-mar, além daquela que, com certeza, despregou-se do navio naufragado...!) No exemplo, devem existir muitas tábuas – talvez milhares – em alto-mar, para que um dos personagens, nascidos para servirem de exemplo no direito penal, agarre-se a ela. Interessante também o exemplo utilizado para explicar as concausas constantes nos artigos 13, do Código Penal. Num deles, há um sujeito pendurado à beira do abismo e vem outro que lhe pisa às mãos...

Não faz muito tempo, em um importante concurso público, foi colocada a seguinte pergunta: Caio quer matar Tício (sempre eles), com veneno; ao mesmo tempo, Mévio também deseja matar Tício (igualmente com veneno, é claro!). Um não sabe da intenção assassina do outro. Ambos ministram apenas a metade da dose letal (*na pergunta não há qualquer esclarecimento acerca de que como o idiota do Tício bebe as duas porções de veneno*). Em consequência da ingestão das meia-doses, Tício vem a perecer... Daí a relevantíssima indagação da questão do concurso: qual o crime de Caio e Mévio?

Outro exemplo que há tempos venho denunciando é o de uma pergunta feita em concurso público de âmbito nacional, pela qual o examinador queria saber a solução a ser dada no caso de um gêmeo xifópago ferir o outro...! Com certeza, gêmeos xifópagos, encontrados em qualquer esquina, andam armados e são perigosos (*a propósito, o que os gêmeos xifópagos acharam do referendado sobre o desarmamento? Votaram sim ou não?*) Pois não é que a pergunta voltou a ser feita, desta vez em concurso público de importante carreira no Estado do Rio Grande do Sul? A questão de direito penal que levou o número 46 dizia:

André e Carlos, gêmeos xifópagos (*sic*), nasceram em 20.01.79. Amadeu é inimigo capital de André. Pretendendo pôr (*sic*) fim à (*sic*) vida de André, desfere-lhe um tido mortal, que também acerta Carlos, que graças a uma intervenção cirúrgica eficaz, sobrevive.

E seguiam várias alternativas.

Sem entrar no mérito da questão – e até para não parecer politicamente incorreto e não ser processado pelo gêmeo xifópago que, milagrosamente, sobreviveu –, impõem-se, no mínimo, duas observações: primeira, é importante saber que os gêmeos xifópagos (e não xipófagos, como constou da pergunta) nasceram no mesmo dia (tal esclarecimento era de vital importância!); e, segunda, não está esclarecido o

porquê de Amadeu odiar apenas a André, e não a Carlos (afinal, tudo está a indicar que eles sempre andavam juntos).

Ora, diariamente tenho lutado para superar a crise do ensino jurídico e da operacionalidade do direito. Para se ter uma idéia da dimensão do problema, há um importante manual de direito penal que ensina o conceito de *erro de tipo* do seguinte modo: um artista fantasia-se de cervo e vai para o meio do mato; um caçador, vendo apenas a galhada, atira e acerta o indivíduo “disfarçado”. Fantástico. Quem não sabia o que era erro de tipo agora sabe. Só uma coisa me deixou intrigado: por que razão alguém se fantasiaria de cervo (veado) e iria para o meio da floresta? O mesmo livro explica o significado de *nexo causal*, a partir do seguinte exemplo sobre *causas preexistentes*: “o genro atira em sua sogra, mas ela não morre em consequência dos tiros, e sim de um envenenamento anterior provocado pela nora, por ocasião do café matinal”. Mas, tem mais tragédia familiar: o que seria causa “superveniente” no direito penal? O mesmo manual dá a solução, com o seguinte exemplo: “após o genro ter envenenado sua sogra, antes de o veneno produzir efeitos, um maníaco invade a casa e mata a indesejável (*sic*) senhora a facadas”. Significa dizer que o genro foi “salvo” pelo maníaco?

E o que seria *erro de pessoa* no direito penal? Veja-se a resposta perfeita:

é quando o agente deseja matar o pequenino filho de sua amante, para poder *desfrutá-la com exclusividade* (*sic*). No dia dos fatos, à saída da escolinha, do alto de um edifício, o *perverso autor* efetua um disparo certeiro na cabeça da vítima, supondo tê-la matado. No entanto, ao aproximar-se do local, constata que, na verdade, assassinou um anãozinho que trabalhava no estabelecimento como bedel, confundindo-o, portanto, com *a criança que desejava eliminar* (grifei).

Imaginemos a cena e façamos uma reflexão sobre a (falta de) função social do direito: alguém quer matar o filho da amante para “desfrutar” da mãe do infante...! Pesquisando um pouco mais, descobri em outro manual que o indivíduo que escreve uma carta não pode ser agente ativo do crime de violação de correspondência; também constatei que, para configurar o crime de rixa, é necessário o *animus rixandi*; e verifiquei que *agressão atual é a que está acontecendo*, enquanto *agressão iminente é a que está por acontecer*. Também desvelei outro mistério: o crime de quadrilha necessita, no mínimo, da participação de quatro pessoas. Um antigo manual explica a diferença entre *dolo eventual* e *culpa consciente* do seguinte modo: um jardineiro quer cortar as ervas daninhas e acaba cortando o caule da flor...! Finalmente, outro mistério foi solucionado pela dogmática penal. Havia sérias dúvidas acerca do que

seria o “princípio da consunção”<sup>17</sup>. Mas a resposta já está nas bancas, nas melhores casas do ramo, através do seguinte exemplo: é quando “o peixeão (fato mais abrangente) engole os peixinhos (fatos que integram aquele como sua parte)”.

Enquanto setores importantes da dogmática jurídica tradicional se ocupam com exemplos fantasiosos e idealistas/idealizados, o déficit de realidade aumenta dia a dia. As idiossincrasias não se restringem ao campo penal ou processual penal. Depois de tantas mini-reformas do Código de Processo Civil, todas elas buscando – de forma equivocada – uma “efetividade quantitativa”, que vão desde a alteração do artigo 557 até a emenda constitucional institucionalizando as súmulas vinculantes, a comunidade jurídica depara-se com um novo projeto de lei que, a despeito de ser inconstitucional, coloca por terra a teoria processual até hoje estudada. Com efeito, tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei n.º 4.728/04<sup>18</sup>, que acrescenta o art. 285-A ao Código de Processo Civil. Acaso aprovado o projeto, quando, nos processos cíveis, *a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada (sic)*. Segundo dispõe o §1º, é facultado ao autor apelar, no prazo de cinco dias, hipótese em que o juiz pode decidir por não manter a sentença, determinando o prosseguimento da ação. De acordo com o §2º, se a sentença inicial for mantida, será ordenada a citação do réu para responder ao recurso. Não fosse pela violação flagrante de vários princípios constitucionais, como o acesso à justiça, o devido processo legal, o contraditório, a ampla defesa (e o duplo grau de jurisdição), âncoras do exercício da cidadania e da jurisdição no Estado Democrático de Direito, o projeto incorre no vício – herdado da revolução francesa – que separa a *questão de fato* da *questão de direito*. Além disso, o novo dispositivo institucionaliza a “jurisprudência de um juízo só”. Como interpretar o enunciado “e no juízo já houver sido proferida sentença”? E o que são “casos idênticos”? Se são “casos”, não podem ser somente “de direito”, pois não? E o que é proferir sentença “reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada”? E o que dizer da nova figura jurídica criada: o juiz profere sentença “reproduzindo” a anterior, rechaçando o pedido; o autor reclama e o mesmo juiz pode

17 Nessa linha, basta um rápido olhar em um dos manuais de maior venda em *terrae brasilis*, para que se descubra, na parte atinente aos comentários ao art. 155 do Código Penal (furto), que escalada é a subida de alguém a algum lugar, valendo-se de escada; destreza é a agilidade ímpar dos movimentos de alguém; veículo automotor é o que circula por seus próprios meios; obstáculo é o embaraço que impede o acesso à coisa; alheia é toda coisa que pertence a outrem; móvel é a coisa que se desloca; e chave falsa é instrumento para abrir fechaduras...! Sobre a caracterização de furto de bagatela, lê-se o seguinte exemplo: o sujeito que leva, sem autorização do banco onde vai sacar dinheiro, o clipe que está sobre o guichê!

18 Projeto de autoria do Poder Executivo, que recebeu o substitutivo do Relator Dep. João Almeida (PSDB-BA).

revogar a sua própria decisão...! Ou seja, o novel dispositivo permitirá que o juiz – de primeiro grau – decida de forma terminativa duas vezes...! Tais questões não chocam por sua explicitude; na verdade, chocam pelo silêncio eloquente que produzem, enfim, chocam pelo não-dito. Isto ocorre porque projetos desse jaez encontram terreno fértil no imaginário dos juristas. E, por isto, devem ser analisados no contexto do estado d'arte da crise de paradigmas que atravessa o direito.

Finalmente, talvez por tudo isto não cause maiores perplexidades na comunidade jurídica a recente decisão do Superior Tribunal de Justiça (AgReg em EREsp nº 279.889-AL), na qual o Ministro Humberto Gomes de Barros assim se pronunciou:

*Não me importa o que pensam os doutrinadores.* Enquanto for Ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade da minha jurisdição. O pensamento daqueles que não são Ministros deste Tribunal importa como orientação. A eles, porém, não me submeto. Interessa conhecer a doutrina de Barbosa Moreira ou Athos Carneiro. *Decido, porém, conforme minha consciência.* Precisamos estabelecer nossa autonomia intelectual, para que este Tribunal seja respeitado. É preciso consolidar o entendimento de que os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins e Humberto Gomes de Barros *decidem assim, porque pensam assim.* E o STJ decide assim, porque a maioria de seus integrantes pensa como esses Ministros. Esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça, e a doutrina que se amolda a ele. É fundamental expressarmos o que somos. *Ninguém nos dá lições.* Não somos aprendizes de ninguém. Quando viemos para este Tribunal, corajosamente assumimos a declaração de que temos notável saber jurídico – uma imposição da Constituição Federal. Pode não ser verdade. Em relação a mim, certamente, não é, mas, para efeitos constitucionais, minha investidura obriga-me a pensar que assim seja (grifei).

Para aqueles que pensam que o direito é aquilo que os tribunais dizem que é, o voto de Sua Excelência é um prato cheio. Só que não é bem assim, ou, melhor dizendo, *não pode ser assim* (ou, melhor ainda, felizmente não pode ser assim!). Com efeito, o direito é algo bem mais complexo do que o produto da consciência-de-si-do-pensamento-pensante, que caracteriza a (ultrapassada) filosofia da consciência<sup>19</sup>,

19 Apontando para o novo, enfim, para as possibilidades críticas do direito, vale trazer à colação interessante *applicatio* hermenêutica feita em *acórdão que supera o problema do paradigma epistemológico da filosofia da consciência*. Cito parte da decisão: “Assim, além da mera explicação dos motivos pelos quais se chegou à esta ou àquela conclusão, a motivação da sentença impõe – em uma relação intersubjetiva – o enfrentamento a todas as teses apresentadas pela acusação e defesa, onde o juiz abandone a postura de sujeito cognoscente isolado na interpretação das relações sociais. Como salienta Lenio Streck, é necessário afastar o esquema sujeito-objeto, onde um sujeito observador está situado em frente a um mundo, mundo este por ele ‘objetivável

como se o sujeito assujeitasse o objeto. Na verdade, o ato interpretativo não é produto nem da objetividade plenipotenciária do texto e tampouco de uma atitude solipsista do intérprete: *o paradigma do Estado Democrático de Direito está assentado na inter-subjetividade.*

Repetindo: o direito não é aquilo que o intérprete quer que ele seja. Portanto, o direito não é aquilo que o Tribunal, no seu conjunto ou na individualidade de seus componentes, dizem que é (lembramos, aqui, a assertiva de Herbert Hart<sup>20</sup> acerca das regras do jogo de críquete, para usar, aqui, um autor positivista contra o próprio decisionismo positivista que claramente exsurge do acórdão em questão). A doutrina deve doutrinar, sim. Esse é o seu papel. Aliás, não fosse assim, o que faríamos com as quase mil faculdades de direito, os milhares de professores e os milhares de livros produzidos anualmente? E mais: não fosse assim, o que faríamos com o parlamento, que aprova as leis? Se os juízes podem “dizer o que querem” sobre o sentido das leis, ou se os juízes podem decidir de forma discricionária os *hard cases*, para que precisamos de leis? Para que a intermediação da lei? É preciso ter presente, pois, que a afirmação do caráter hermenêutico do direito e a centralidade que assume a jurisdição nesta quadra da história, na medida em que o legislativo (a lei) não pode antever todas as hipóteses de aplicação, *não significam uma queda na irracionalidade* e, tampouco, uma delegação em favor de decisionismos.

Retorna-se, sempre, ao contraponto “regra-princípio”, “lei-Constituição”, “subsunção-atribuição de sentido”, teoremas nos quais estão assentados os problemas decorrentes dessa “afirmação decorrente do caráter hermenêutico do direito” e daquilo que está ínsito a essa “guinada-do-papel-do-direito-no-neoconstitucionalismo”: o controle dos atos de jurisdição, enfim, os atos dos juízes.

Os juristas brasileiros não se deram conta de que a superação do modelo de regras implica uma profunda alteração no direito, porque, através dos princípios, passa a canalizar para o âmbito das Constituições o elemento do mundo prático. E, igualmente, não perceberam que o ponto de ligação com a filosofia (o processo de compreensão ainda sustentado no esquema sujeito-objeto, que mutilava a interpretação do direito) se dá exatamente no fato de que o direito, entendido como conjunto de regras, procurava, a partir de uma metodologia fulcrada no método, abarcar a realidade onticamente, possibilitando ao intérprete, de forma, causalista-objetivista, dar

---

e descritível’, a partir de seu cogito (*Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*, Livraria do Advogado, p. 80)” (*Habeas Corpus* n° 70004235610, Rel. Des. Amilton Bueno de Carvalho, 5ª Câmara Criminal, TJRS, j. em 08/05/02). Na mesma linha, vale conferir o teor do acórdão prolatado na Apelação-crime n° 70012713525, Re. Des. Amilton Bueno de Carvalho, 5ª Câmara Criminal, TJRS, j. em 09/11/05.

20 Cf. HART, Herbert. *The Concept of Law*. Oxford: Oxford University Press, 1961.

conta de suas complexidades a partir da adjudicação de teorias acerca de como devem proceder os intérpretes quando em face dos assim denominados *casos difíceis*.

Ora, a inserção da faticidade se dá através dos princípios, que, para além do causalismo-explicativo de caráter ôntico, vai se situar no campo do acontecer de caráter ontológico (não clássico). Daí a questão de fundo para a compreensão do fenômeno: antes de estarem cindidos, há um acontecer que aproxima *regra e princípio* em duas dimensões, a partir de uma anterioridade, isto é, a condição de possibilidade da interpretação da regra é a existência do princípio instituidor.

Ou seja, a regra está “subsumida” no princípio. Nos “casos simples” (utilizando, aqui, argumentativamente, a distinção que a teoria da argumentação faz), ela apenas encobre o princípio, porque consegue se dar no nível da pura objetivação. Havendo, entretanto, “insuficiência” (sic) da objetivação (relação causal-explicativa) proporcionada pela interpretação da regra, surge a “necessidade” do uso dos princípios. A percepção do princípio faz com que este seja o elemento que termina se desvelando, ocultando-se ao mesmo tempo na regra. Isto é, ele (sempre) está na regra. O princípio é elemento instituidor, o elemento que existencializa a regra que ele instituiu. Só que está encoberto. Por isto é necessário, neste ponto, discordar de Dworkin<sup>21</sup>, quando diz que as regras são aplicáveis à maneira do *tudo ou nada* e que os princípios enunciam uma razão que conduz o argumento em uma certa direção, mas ainda assim necessitam de uma decisão particular.

Hermeneuticamente, pela impossibilidade de cindir *interpretação e aplicação* e pela antecipação de sentido que sempre é condição de possibilidade para que se compreenda, torna-se impossível “isolar” a *regra* do *princípio*, isto é, é impossível interpretar uma regra sem levar em conta o seu princípio instituidor. Isto porque *a regra não está despojada do princípio*. Ela encobre o princípio pela propositura de uma explicação dedutiva. Esse encobrimento ocorre em dois níveis: em um nível, ele se dá pela explicação causal; noutro, pela má compreensão de princípio, isto é, compreende-se mal o princípio porque se acredita que o princípio também se dá pela relação explicativa, quando ali já se deu, pela pré-compreensão, o processo compreensivo.

Em síntese: há uma essencial diferença – e não separação – entre *regra e princípio*. Podemos até fazer a distinção pela via da relação sujeito-objeto, pela teoria do conhecimento. Entretanto, essa distinção será apenas de grau, de intensidade; não será, entretanto, uma distinção de base entre *regra e princípio*. No fundo, o equívoco da(s) teoria(s) da argumentação está em trabalhar com os princípios apenas com uma diferença de grau (regrando os princípios), utilizando-os como se fossem regras

21 Cf. DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1977.



de segundo nível (equivoco que se repete ao se pensar que, além dos princípios, existem meta-princípios, meta-critérios ou postulados hermenêuticos). Enfim, como se fosse possível transformar a regra em um princípio. Ocorre que ela jamais será um princípio, porque no princípio está em jogo algo mais que a explicação causalista.

Para essa compreensão, torna-se necessário superar os dualismos próprios da metafísica. Trata-se, assim, não de fundamentar – metódica ou epistemologicamente –, mas de compreender (fenomenologicamente). E compreender é aplicar. Isto significa dizer que estamos diante de um problema hermenêutico, no sentido de uma teoria da experiência real, que é o pensar. Já o compreender não é um dos modos do comportamento do sujeito, mas, sim, o modo de ser da própria existência, como ensina Gadamer.

A crise que atravessa o direito e a hermenêutica jurídica possui uma relação direta com a discussão acerca da crise do conhecimento e do problema da fundamentação, própria do início do século XX. Veja-se que *as várias tentativas de estabelecer regras ou cânones para o processo interpretativo a partir do predomínio da objetividade ou da subjetividade*, ou, até mesmo, de conjugar a subjetividade do intérprete com a objetividade do texto, *não resistiram às teses da viragem lingüístico-ontológica*, superadoras do esquema sujeito-objeto, compreendidas a partir do caráter ontológico prévio do conceito de sujeito e da desobjetificação provocada pelo círculo hermenêutico e pela diferença ontológica.

Não se pode olvidar que – em pleno paradigma da intersubjetividade – ainda domina, na doutrina e na jurisprudência do direito, a idéia da indispensabilidade do método ou do procedimento para alcançar a “vontade da norma” (sic), o “espírito de legislador” (sic), o “unívoco sentido do texto” (sic), etc. Acredita-se, ademais, que o ato interpretativo é um ato cognitivo e que “interpretar a lei é retirar da norma tudo o que nela contém” (sic), circunstância que bem denuncia a problemática metafísica nesse campo de conhecimento.

A hermenêutica jurídica praticada no plano da cotidianidade do direito deita raízes na discussão que levou Gadamer a fazer a crítica ao processo interpretativo clássico, que entendia a interpretação como sendo produto de uma operação realizada em partes (*subtilitas intelligendi, subtilitas explicandi, subtilitas applicandi*, isto é, primeiro compreendo, depois interpreto, para só então aplicar). A impossibilidade dessa cisão implica a impossibilidade de o intérprete “retirar” do texto “algo que o texto possui-em-si-mesmo”, numa espécie de *Auslegung*, como se fosse possível reproduzir sentidos; ao contrário, o intérprete sempre atribui sentido (*Sinngebung*). O acontecer da interpretação ocorre a partir de uma fusão de horizontes (*Horizontenverschmelzung*), porque compreender é sempre o processo de fusão dos supostos

horizontes para si mesmos. Para interpretar, necessitamos compreender; para compreender, temos que ter uma pré-compreensão, constituída de estrutura prévia do sentido – que se funda essencialmente em uma posição prévia (*Vorhabe*), visão prévia (*Vorsicht*) e concepção prévia (*Vorgriff*) – que já une todas as partes do “sistema”, como bem ressaltou Gadamer.

Uma hermenêutica jurídica que se pretenda crítica, fundamentada nessa revolução copernicana, deve, hoje, procurar corrigir o equívoco frequentemente cometido por diversas teorias críticas (teorias da argumentação, teorias analíticas, tópica jurídica, para citar apenas estas) que, embora reconheçam que o direito caracteriza-se por um processo de aplicação a casos particulares (concretude), incorrem no paradigma metafísico, ao elaborarem um processo de subsunção a partir de conceitualizações (veja-se o paradigmático caso das súmulas vinculantes no Brasil<sup>22</sup>), que se transformam em “significantes-primordiais-fundantes” ou “universais jurídicos”, “acopláveis” a um determinado “caso jurídico”. Isto ocorre nas mais variadas formas no *modus interpretativo* vigorante na doutrina e na jurisprudência, como o estabelecimento de *topoi* ou de meta-critérios para a resolução de conflitos entre princípios, além das fórmulas para “regrar” a interpretação, propostas pelas diversas teorias da argumentação jurídica.

Anote-se, neste ponto, que “apesar de também combater a perspectiva do positivismo normativista tradicional, a teoria da argumentação tem em comum com essa corrente a tentativa de deduzir subsuntivamente a decisão a partir de regras prévias”<sup>23</sup>, problemática presente, aliás, em autores como Manuel Atienza para quem

para ser considerada plenamente desenvolvida, uma teoria da argumentação jurídica tem de dispor [...] de um método que permita representar adequadamente o processo real da argumentação – pelo menos a fundamentação de uma decisão, tal como aparece plasmada nas sentenças e em outros documentos jurídicos – assim como de critérios, tão precisos quanto possível, para julgar a correção – ou a maior ou menor correção – dessas argumentações e de seus resultados, as decisões jurídicas<sup>24</sup>.

22 Ver, para tanto, STRECK, Lenio Luiz. O efeito vinculante das súmulas e o mito da efetividade: uma crítica hermenêutica. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, Crítica à dogmática*, n. 3, Porto Alegre, 2005, p. 83-128.

23 Cf. KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Orgs.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Lisboa: Gulbenkian, 2002, p. 176.

24 Cf. ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2003. Como se pode perceber, Atienza *permanece nos quadros do paradigma epistemológico da filosofia da consciência, ao sustentar uma função instrumental para a interpretação, otimizada, para ele, a partir da teoria da argumentação jurídica*, mesmo problema – diga-se de passagem –, encontrável na maioria das teses caudatárias das teorias da argumentação no Brasil. Para Atienza, uma das funções da argumentação é oferecer uma orientação

De certo modo, tais questões também estão presentes na teoria do discurso proposta por Habermas, que, embora não fale em “regras prévias”, propõe a antecipação de um discurso ideal, contrafático<sup>25</sup>. Essa formação discursiva (também) é prévia; sua função é a de servir como princípio regulativo, isto é, conforme Habermas, todo discurso racional é um necessário princípio regulativo de todo discurso real. A compreensão assim denominada de “racional” não é pensada em contraposição com a tradição, cuja linguagem é insuficiente e/inadequada para abarcar o “real”; a compreensão é pensada como a realização de um ideal por consumir, contrafaticamente. Novamente, vê-se a cisão do incindível; vê-se, mais uma vez, o problema da dispensabilidade do mundo prático (porque este está “traduzido” em uma linguagem inadequada, insuficiente, distorcida).

De mais a mais, não basta dizer que o direito é concretude e que “cada caso é um caso”, como é comum na linguagem dos juristas. Afinal, é mais do que evidente que o direito é concretude e que é feito para resolver casos particulares. O que não está evidente é que o processo interpretativo é *applicatio*, que o direito é parte integrante do próprio caso, que uma questão de fato é sempre uma questão de direito e vice-versa. Hermenêutica não é filologia. Lembremos a todo o momento a advertência de Friedrich Müller: da interpretação de textos temos que saltar para a concretização de direitos.

Assim, embora os juristas – nas suas diferentes filiações teóricas – insistam em dizer que a interpretação deve ocorrer sempre em “cada caso”, tais afirmações não encontram comprovação, nem de longe, na cotidianidade das práticas jurídicas. Na verdade, ao construírem “pautas gerais”, “conceitos lexicográficos”, “verbetes doutrinários e jurisprudenciais”, ou súmulas aptas a “resolver” casos futuros, os juristas sacrificam a singularidade do caso concreto em favor dessas espécies de “pautas gerais”, fenômeno, entretanto, que não é percebido no imaginário jurídico. Daí a indagação de Gadamer: *existirá uma realidade que permita buscar com segurança o*

---

útil nas tarefas de produzir, interpretar e aplicar o direito (já neste ponto, é possível perceber a subdivisão do processo interpretativo em partes/etapas, questão tão bem denunciada por Gadamer!). Para corroborar a tese, o mesmo Atienza afirma que “um dos maiores defeitos da teoria padrão da argumentação jurídica é precisamente o fato de ela não ter elaborado um procedimento capaz de representar adequadamente como os juristas fundamentam, de fato, as suas decisões”. É evidente que não se pode olvidar – e o registro insuspeito é feito por Kaufmann (*op. cit.*, p. 194) – que especialmente Alexy desenvolveu de forma notável regras prescritivas de argumentação e de preferência. A única desvantagem, assinala, “reside no fato de estas regras se ajustarem ao discurso racional, mas já não ao procedimento judicial”.

- 25 Nas palavras do próprio Habermas, somente a antecipação formal do diálogo idealizado como uma forma de vida a realizar garante a intenção condutora última, contraposta à existente de fato, que nos une previamente e sobre cuja base toda intenção de fato, se é falsa, pode ser criticada como falsa consciência (APEL, Karl-Otto et.al. *Hermeneutik und Ideologiekritik*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1971, p. 164 e segs.).

*conhecimento do universal, da lei, da regra, e que encontre aí a sua realização? Não é a própria realidade o resultado de sua interpretação?*

A rejeição de qualquer possibilidade de subsunções ou deduções aponta para o próprio cerne de uma hermenêutica jurídica inserida nos quadros do pensamento pós-metafísico. Trata-se de superar a problemática dos métodos, considerados pelo pensamento exegético-positivista como portos seguros para a atribuição dos sentidos. Compreender não é produto de um procedimento (método), nem um modo de conhecer. Compreender é, sim, um modo de ser, *porque a epistemologia é substituída pela ontologia da compreensão*. Isto significa romper com as diversas concepções que se formaram à sombra da hermenêutica tradicional, de cunho objetivista-reprodutivo, cuja preocupação é de caráter epistemológico-metodológico-procedimental, cindindo *conhecimento* e *ação*, buscando garantir uma “objetividade” dos resultados da interpretação. A mesma crítica pode ser feita à tópica retórica, cuja dinâmica não escapa das armadilhas da subsunção metafísica. Aliás, *o fato de ligar-se “ao problema” não retira da tópica sua dependência da dedução e da metodologia tradicional*, o que decorre fundamentalmente de seu caráter não-filosófico.

Uma filosofia no direito – avançando para além de uma filosofia do direito – deve estar apta a explicar esse caráter hermenêutico assumido pelo direito nesta quadra da história. Superando o modelo de regras, a preocupação das teorias jurídicas passa para a busca das respostas acerca da indeterminabilidade do direito. É possível construir uma racionalidade capaz de resolver o problema decorrente da impossibilidade da legislação prever todas as hipóteses de aplicação? Como superar as práticas subsuntivas? Como superar o dedutivismo? A tarefa de “preencher” os espaços da indeterminabilidade deve ser deixada aos juízes, como queria o positivismo? Tais questões inexoravelmente desembocam nas diversas construções discursivas que pretendem superar os dilemas que surgem com esse novo perfil assumido pelo direito, pelo Estado e pela jurisdição constitucional.

Daí que, levando em conta as promessas incumpridas da modernidade em *terrae brasilis*, a superação dos paradigmas metafísicos clássico e moderno – condição de possibilidade para a compreensão do fenômeno do neoconstitucionalismo e da conseqüente derrota do positivismo – *não pode representar o abandono das possibilidades de se alcançar verdades conteudísticas*<sup>26</sup>. As teorias consensuais da verdade mostram-se insuficientes para as demandas paradigmáticas no campo jurídico. Ao

26 Sendo mais claro: a hermenêutica jamais permitiu qualquer forma de “decisionismo” ou “realismo”. Gadamer rejeita peremptoriamente qualquer acusação de relativismo à hermenêutica (jurídica). Falar de relativismo é admitir verdades absolutas, problemática, aliás, jamais demonstrada. A hermenêutica afasta o fantasma do relativismo, porque este nega a finitude e seqüestra a temporalidade. No fundo, trata-se de admitir que,

contrário da hermenêutica filosófica, não há ser-no-mundo nas teorias consensuais-procedurais, pelas quais só é possível atribuir um sentido a alguma coisa quando qualquer outra pessoa que pudesse dialogar comigo também o pudesse aplicar. Nelas, a condição de verdade das sentenças (enunciados) é o acordo potencial de todos os outros. Ou seja, nelas não há espaço para a substancialidade (conteudística). Portanto, não há ontologia (no sentido de que fala a hermenêutica filosófica). Isto demonstra que a linguagem – que na hermenêutica é condição de possibilidade –, nas teorias consensuais-procedurais, é manipulável pelos participantes. Continua sendo, pois, uma terceira coisa que se interpõe entre um sujeito e um objeto, embora os esforços feitos por sofisticadas construções no plano das teorias discursivas, como Habermas e Günther.

Ou seja, é possível dizer, sim, que *uma interpretação é correta, e a outra é incorreta*. Movemo-nos no mundo exatamente porque podemos fazer afirmações dessa ordem. E disso nem nos damos conta. Ou seja, na compreensão os conceitos interpretativos não resultam temáticos enquanto tais, como bem lembra Gadamer; ao contrário, determinam-se pelo fato de que desaparecem atrás daquilo que eles fizeram falar/aparecer *na e pela* interpretação<sup>27</sup>. Aquilo que as teorias da argumentação ou qualquer outra concepção teórico-filosófica (ainda) chamam de “raciocínio substantivo” ou “raciocínio dedutivo” nada mais é do que esse “paradoxo hermenêutico”, que se dá exatamente porque a compreensão é um existencial (ou seja, por ele eu não me pergunto porque compreendi, pela simples razão de que já compreendi, o que faz com que minha pergunta sempre chegue tarde).

Uma interpretação será correta quando é suscetível dessa desapareição (*Paradoxerweise ist eine Auslegung dann richtig, wenn sie derart zum Verschwinden fähig ist*). É que se pode chamar de “existenciais positivos”. Aquilo que algumas teorias chamam de casos fáceis, solucionáveis, portanto, por intermédio de “simples subsunções” ou “raciocínios dedutivos” (por todos, Manuel Atienza) são exatamente a

---

à luz da hermenêutica (filosófica), é possível dizer que existem verdades hermenêuticas. A multiplicidade de respostas é característica não da hermenêutica, mas, sim, do positivismo.

27 Como bem diz Gadamer (*Wahrheit und Methode. Ergänzungen Register. Hermeneutik II*. Tübingen: Mohr, 1990, p. 402): “das gilt der Sache nach auch dort, wo sich das Verständnis unmittelbar einstellt und gar keine ausdrückliche Auslegung vorgenommen wird. Denn auch in solchen Fällen von Verstehen gilt, dass die Auslegung möglich sein muss. Sie bringt das Verstehen nur zur ausdrücklichen Ausweisung. Die Auslegung ist also nicht ein Mittel, durch das da verstehen herbeigeführt wird, sondern ist in den Gehalt dessen, was da verstanden wird, eingegangen. Wir erinnern daran, dass das nicht nur heisst, dass die Sinnmeinung des Textes einheitlich vollziehbar wird, sondern dass damit auch die Sache, von der Text spricht, sich zu Worte bringt. Die Auslegung legt die Sache gleichsam auf die Waage der Worte”.

comprovação disto<sup>28</sup>. Explicando: na hermenêutica, essa distinção entre *easy* e *hard cases* desaparece em face do círculo hermenêutico e da diferença ontológica. Aqui se encaixa a discussão acerca da inadequada, porque metafísica, distinção entre casos simples (fáceis) e casos difíceis (complexos). Essa distinção não leva em conta a existência de um acontecer no pré-compreender, no qual o caso simples e o caso difícil se enraízam. Existe, assim, uma unidade que os institui.

Ao contrário do que se diz, não interpretamos para, depois, compreender, mas, sim, compreendemos para interpretar, sendo a interpretação a explicitação do compreendido, nas palavras de Gadamer. Essa explicitação não prescinde de uma estruturação no plano argumentativo. A explicitação da resposta de cada caso deverá estar sustentada em consistente justificação, contendo a reconstrução do direito, doutrinária e jurisprudencialmente, confrontando tradições, enfim, colocando a lume a fundamentação jurídica que, ao fim e ao cabo, legitimará a decisão no plano do que se entende por responsabilidade política do intérprete no paradigma do Estado Democrático de Direito.

*Mutatis mutandis*, trata-se de justificar a decisão (decisão no sentido de que todo ato aplicativo – e sempre aplicamos – é uma de-cisão). Para esse desiderato, compreendendo o problema a partir da antecipação de sentido (*Vorhabe, Vorgriff, Vorsicht*), no interior da virtuosidade do círculo hermenêutico, que vai do todo para a parte e da parte para o todo, sem que um e outro sejam “mundos” estanques/separados, fundem-se os horizontes do intérprete do texto (registre-se, texto é evento, texto é fato). Toda a interpretação começa com um texto, até porque, como diz Gadamer, se queres dizer algo sobre um texto, deixe primeiro que o texto te diga algo. O sentido exsurgirá de acordo com as possibilidades (horizonte de sentido) do intérprete em dizê-lo, d’onde pré-juízos inautênticos acarretarão graves prejuízos hermenêuticos.

As explicações decorrentes de nosso modo prático de ser-no-mundo (o desde já sempre compreendido) resolvem-se no plano ôntico (na linguagem da filosofia

28 Vejamos como essa dualização metafísica apresenta problemas sem resposta: casos fáceis, segundo Atienza (que vale também para as demais versões da teoria da argumentação jurídica), são os casos que demandam respostas corretas que não são discutidas; já os casos difíceis são aqueles nos quais é possível propor mais de uma resposta correta “que se situe dentro das margens permitidas pelo direito positivo”. Mas, quem e como definir “as margens permitidas pelo direito positivo”? Como é feita essa definição? A resposta parece ser: a partir de raciocínios em abstrato, *a priori*, como se fosse primeiro interpretar e depois aplicar... Neste ponto, as diversas teorias do discurso se aproximam: as “diversas” possibilidades de aplicação se constituem em discursos de validade prévia, contrafáticos, que servirão para juízos de “adequação”. Ocorre que isto implica um dualismo, que, por sua vez, implica separação entre *discursos de validade* e *discursos de aplicação*, cuja resposta se dará, quer queiram, quer não, mediante raciocínios dedutivos. Por isto, retorno à acusação feita por Kaufmann, acerca da prevalência do esquema sujeito-objeto nas diversas teorias discursivas.

da consciência, em um raciocínio causal-explicativo). Mas esse modo ôntico permanecerá e será aceito como tal se a sua objetivação não causar estranheza no plano daquilo que se pode entender como tradição autêntica. Nesse caso, devidamente conformados os horizontes de sentido, a interpretação “desaparece”. Em síntese, é quando ninguém se pergunta sobre o sentido atribuído a algo. Veja-se o caso de uma regra jurídica que proíba a condução de cães no parque. Ninguém discutirá que é vedado o trânsito de cães da raça *pitbull* (é, pois, a resposta correta), uma vez que os pré-juízos autênticos, que conformam o modo-de-ser no mundo dos juristas apontam para o sentido do que seja proibição, o sentido de cão, etc.

Mas, se essa fusão de horizontes se mostrar mal sucedida, ocorrerá a demanda pela superação das insuficiências do que onticamente objetivamos. Trata-se do acontecer da compreensão, pelo qual o intérprete necessita ir além da objetivação. Observe-se, nesse sentido, o seguinte exemplo envolvendo o mesmo texto legal anterior, só que, agora, agregando um elemento complicador: se a regra proíbe cães, é possível o trânsito de um urso? E se regra proíbe cães, é possível levar um filhote pequinês? Aqui, pois, claramente emerge a insuficiência da regra e, conseqüentemente, a presença de uma fusão de horizontes que não encontra guarida na mera objetivação. Com efeito, estando o intérprete inserido em uma tradição autêntica do direito, em que os juristas introduzem o mundo prático seqüestrado pela regra (para utilizar apenas estes componentes que poderiam fazer parte da situação hermenêutica do intérprete), a resposta correta advirá dessa nova fusão de horizontes: pelo princípio da proporcionalidade (e, se quiser, da razoabilidade), a regra deve obedecer a uma adequação entre fins e meios. Conseqüentemente, não é proporcional e/ou razoável que se proíba cães e se dê salvo conduto para ursos, assim como se proíba o trânsito de animais que não tenham qualquer possibilidade de causar danos aos freqüentadores do parque, fim último da regra estatuída. Veja-se, a partir disso, a resolução de casos como o do indivíduo que foi condenado à pena de dois anos de reclusão por disparar arma de fogo (espingarda de caça) em seu sítio a fim de espantar animais, para citar apenas este caso. Obtida a resposta a partir de “simples” subsunção, esta se mostra absolutamente equivocada, ao ser submetida a um processo de compreensão. Ou seja, os pré-juízos inautênticos dos intérpretes (juiz e promotor) levaram a uma inadequada fusão de horizontes, produzindo uma decisão equivocada (resposta errada).

Por isso o acerto de Dworkin, ao exigir uma “responsabilidade política” dos juízes. Os juízes têm a obrigação de justificar<sup>29</sup> suas decisões, porque com elas afetam

29 Isto é assim porque o sentido da obrigação de fundamentar as decisões previsto no art. 93, inc. IX, da Constituição do Brasil implica, necessariamente, a justificação dessas decisões. Veja-se que um dos indicadores da prevalência das posturas positivistas – e, portanto, da discricionariedade judicial que lhe é inerente – está no

os direitos fundamentais e sociais, além da relevante circunstância de que, no Estado Democrático de Direito, a adequada justificação da decisão constitui um direito fundamental. Daí a necessidade de ultrapassar o “modo-positivista-de-fundamentar” as decisões (perceptível no cotidiano das práticas dos tribunais, do mais baixo ao mais alto); é necessário justificar – e isto ocorre no plano da aplicação – detalhadamente o que está sendo decidido. Portanto, jamais uma decisão pode ser do tipo “Defiro, com base na lei *x* ou na súmula *y*”. A justificativa é condição de possibilidade da legitimidade da decisão.

A *applicatio* evita a arbitrariedade na atribuição de sentido, porque é decorrente da antecipação (de sentido) que é própria da hermenêutica filosófica. *Aquilo que é condição de possibilidade não pode vir a se transformar em um “simples resultado” manipulável pelo intérprete.* Afinal, não podemos esquecer que mostrar a hermenêutica como produto de um raciocínio feito por etapas foi a forma pela qual a hermenêutica clássica encontrou para buscar o controle do “processo” de interpretação. Daí a importância conferida ao método, “supremo momento da subjetividade assujeitadora”. Ora, a pré-compreensão antecipadora de sentido de algo ocorre à revelia de qualquer “regra epistemológica” ou método que fundamente esse sentido. Não há métodos e tampouco meta-métodos ou meta-critérios (ou um *Grundmethode*<sup>30</sup>, para imitar Kelsen e “escapar” do problema – insolúvel – do *fundamentum inconcussum*). A compreensão de algo *como* algo (*etwas als etwas*) simplesmente ocorre, porque o ato de compreender é existencial, fenomenológico, e não epistemológico. Qualquer sentido atribuído arbitrariamente será produto de um processo decorrente de um vetor (*standard*) de racionalidade de segundo nível, meramente argumentativo/procedimental<sup>31</sup>, isto porque filosofia não é lógica e, tampouco, um discurso ornamental.

#### Algumas reflexões finais:

1. A crise dos modelos interpretativos, aqui inserida naquilo que denomino *crise de paradigmas de dupla face*, não autoriza que as teorias da argumentação ou outras teorias procedurais (teorias do discurso) venham a

---

escandaloso número de embargos de declaração propostos diariamente no Brasil. Ora, uma decisão bem fundamentada/justificada (nos termos de uma resposta correta-adequada-à-Constituição, a partir da exigência da máxima justificação) não poderia demandar “esclarecimentos” acerca da *holding* ou do *dictum* da decisão. Os embargos de declaração – e crescente-se, aqui, o absurdo representado pelos “embargos de pré-questionamento” (sic) – demonstram a irracionalidade positivista do sistema jurídico.

30 Sobre a problemática do “método”, ver STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica. Uma Nova Crítica do Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, especialmente o cap. 5.

31 Ibid., p. 246 e segs, onde trabalho a noção dos vetores de racionalidade de Hilary Putnam e Ernildo Stein.



se constituir em uma espécie de reserva hermenêutica, que somente seria chamada à colação na “insuficiência” da regra, isto é, quando se estiver em face de casos difíceis (*hard cases*). Casos fáceis e casos difíceis partem de um mesmo ponto e possuem em comum algo que lhes é condição de possibilidade: a pré-compreensão. Esse equívoco de distinguir *easy* e *hard cases* é cometido tanto pelo positivismo de Hart como pelas teorias discursivo-argumentativas, que vão desde Habermas e Günther até Alexy e Atienza, para citar apenas estes. O que têm em comum é o fato de que, nos *hard cases*, considerarem que os princípios (critérios) para solvê-los não se encontram no plano da aplicação, mas, sim, devem ser retirados de uma “historia jurídica” que somente é possível no plano de discursos *a priori* (no fundo, discursos de fundamentação prévios). Também Dworkin faz indevidamente essa distinção entre *casos fáceis* e *casos difíceis*. Mas o faz por razões distintas. A diferença é que Dworkin não “desonera” os discursos de aplicação dos discursos de fundamentação, que se dão *prima facie*. Na verdade, como Gadamer, ele não distingue *discursos de aplicação* de *discursos de fundamentação*, assim como não separa *interpretação* e *aplicação*.

2. Partir de uma pré-elaboração do que seja um caso *simples* ou *complexo* é incorrer no esquema sujeito-objeto, como se fosse possível ter um “grau zero de sentido”, insulando a pré-compreensão e tudo o que ela representa como condição para a compreensão de um problema. Não esqueçamos que a discricionariedade interpretativa é fruto do paradigma representacional e que ela se fortalece na cisão entre *interpretar* e *aplicar*, o que implica a prevalência do dualismo sujeito-objeto.
3. Essa discricionariedade/arbitrariedade positivista – sob as mais variadas vestes – ainda domina o modo-de-agir dos juristas. No fundo, em linguagem mais simples, significa aquilo que Kelsen “incentivou” no oitavo capítulo de sua *Teoria Pura do Direito*<sup>32</sup>: o decisionismo que poderia ser praticado nos “limites” da moldura da norma jurídica, ou a delegação em favor dos juízes da tarefa de decidir sobre os *hard cases*, que pode ser vista em *Concept of Law*<sup>33</sup>, de Hart.
4. Observe-se como esse problema da discricionariedade, que exsurge, com o positivismo, a partir da “delegação” em favor do juiz do poder de “resol-

32 KELSEN, Hans. *A Teoria Pura do Direito*. São Paulo. Martins Fontes, 2003.

33 HART, *op. cit.*

ver os casos difíceis”, acaba sofrendo um deslocamento em direção a uma “objetividade textual”, não propriamente da regra (texto jurídico), mas das conceitualizações prévias elaboradas pela dogmática jurídica. Ou seja, o próprio positivismo procura controlar a discricionariedade judicial, mediante a elaboração de um discurso *prêt-à-porter*, principalmente – e paradoxalmente – advindo do próprio Judiciário, para, em um processo de retroalimentação, servir de controle das decisões judiciais. *Provavelmente por isto, parte considerável da doutrina reproduz a posição dos tribunais, que elaboram uma espécie de versão positivista de “discursos de fundamentação prévia”.* Isto é feito através de uma estandardização da cultura jurídica (verbetes, ementas, súmulas, etc). Essa construção dogmática é fruto de uma espécie de adaptação darwiniana do positivismo jurídico, que funciona a partir da elaboração de conceitos jurídicos com objetivos universalizantes, utilizando, inclusive, os princípios constitucionais. Ou seja, os princípios constitucionais que deveriam superar o modelo discricionário do positivismo, passaram a ser anulados por conceitualizações, que acabaram por transformá-los em regras. E tudo volta à origem, com o sacrifício da singularidade do caso concreto, isto é, o que caracteriza o direito como saber prático é obnubilado pelo modelo conceitualista que domina a operacionalidade do direito.

5. Observe-se que, enquanto Dworkin considera o discricionarismo antide-mocrático, Hart vai dizer que o poder discricionário é o preço necessário que se tem de pagar para evitar o inconveniente de métodos alternativos de regulamentações desses litígios (casos difíceis), por exemplo, o reenvio ao Legislativo. Embora isto possa ser negado pelas correntes positivistas, Hart representa uma espécie de pensamento médio: aliás, há uma coisa em comum entre o positivismo e as diversas teorias da argumentação: a distinção/divisão “casos simples – casos complexos” (fáceis e difíceis), o que demonstra a presença (e permanência) do paradigma representacional, emergente do dualismo metafísico e do esquema sujeito-objeto.
6. Como o direito é um saber prático e que deve servir para resolver problemas e concretizar as promessas da modernidade que ganharam espaço nos textos constitucionais, a superação dos obstáculos que impedem o acontecer do constitucionalismo de caráter transformador estabelecido pelo novo paradigma do Estado Democrático de Direito pressupõe a construção das bases que possibilitem a compreensão do estado da arte do *modus* operacional do direito, levando em conta um texto constitucional de nítida feição compromissória e dirigente, e que, passadas quase

duas décadas, longe está de ser concretizado. Na base dessa inefetividade, para além do problema relacionado à configuração política e econômica da sociedade brasileira (democracia em consolidação, alternando longos espaços de ausência de estado de direito, a histórica desigualdade social, a cultura patrimonialista, o regime presidencialista que se mantém com governabilidade *ad hoc*, etc.), encontra-se solidificada uma cultura jurídica positivista que coloniza a operacionalidade (doutrina e jurisprudência) e o processo de elaboração das leis, em um processo de retroalimentação.

7. O problema da inefetividade da Constituição – e tudo o que ela representa enquanto implementação das promessas incumpridas da modernidade (por isto o Brasil é um país de modernidade tardia) – não se resume a um confronto entre modelos de direito. O confronto é, pois, paradigmático. Veja-se, nesse sentido, o problema surgido na Espanha pós-Constituição de 1978, que formalmente encerrava a transição da ditadura franquista à democracia constitucional. Confronto paradigmático significa o embate entre o *novo* e o *velho*, como bem demonstra Hernández Gil, lembrando a necessidade de mudar radicalmente a linguagem jurídica, o sistema de linguagem ou o marco de referência jurídico de todos os operadores do direito da Espanha para uma compreensão adequada do novo paradigma constitucional recém instituído. Neste ponto, assinala o professor espanhol, o ano de 1981 pode ser considerado crucial para esse intento. Com efeito, *basta que se examine a correlação semântica que os juristas tinham antes e aquela que têm agora acerca de expressões como igualdade, discriminação, inocência, prova, domicílio ou lei fundamental*, cujos significados sofreram radical alteração se comparados com a versão a-técnica e pré-técnica que tinham antes da entrada em funcionamento do Tribunal Constitucional. *Sem a existência de um Tribunal Constitucional, tais modificações não teriam se firmado com tanta firmeza ou, ao menos, tal fenômeno não teria ocorrido com tanta rapidez.* E isto pode servir para colocar uma questão de relevante interesse: o Tribunal Constitucional não somente utiliza normas de interpretação, como as constrói e as determina à comunidade jurídica. Assim, na sentença 64/83, *impôs aos juízes e Tribunais a obrigação de interpretar as leis em conformidade com a Constituição*<sup>34</sup>.

34 Cf. HERNÁNDEZ GIL, Antonio. La justicia en la concepción del derecho según la Constitución española. In: LÓPEZ PINA, Antonio. *División de poderes e interpretación: hacia una teoría de la praxis constitucional*. Madrid: Tecnos, 1987, p. 150-154. No caso brasileiro, veja-se, por exemplo, os conceitos de *direito adquirido, ato jurídico perfeito, uso da propriedade*, etc., cujas definições continuam sendo buscados em doutrina e textos

8. Nesse confronto paradigmático, as velhas teses acerca da interpretação – subsunção, silogismo, individualização do direito na “norma geral”, a partir de “critérios puramente cognitivos e lógicos”, liberdade de conformação do legislador, discricionariedade do poder Executivo, o papel da Constituição como estatuto de regulamentação do exercício do poder – dão lugar a uma hermenêutica que não trata mais a interpretação jurídica como um problema (meramente) “lingüístico de determinação das significações apenas textuais dos textos jurídicos”<sup>35</sup>. Trata-se, efetivamente, de aplicar o grande giro hermenêutico ao direito e, portanto, à Constituição.
9. O novo constitucionalismo nascido da revolução copernicana do direito público traz para dentro do direito temáticas que antes se colocavam à

---

legais infraconstitucionais escritos há dezenas de anos, como se os textos e as expressões tivessem conceitos-em-si-mesmos, metafísicos, portanto. Um problema bem atual diz respeito ao conceito de *crime de tráfico*, previsto no art. 12 da Lei n.º 6.368, de 1973. Observe-se que parcela considerável dos condenados por tráfico são pequenos criminosos, o que, *no plano daquilo que aqui denomino “filtragem hermenêutico-constitucional”, mostra o equívoco que existe na compreensão do tipo penal previsto no art. 12 da Lei n.º 6.368/73*. Parece óbvio que a velha Lei, por ser de origem anterior à Constituição de 1988, necessita passar por uma *releitura constitucional* (filtragem constitucional). Explicando melhor: quando a Lei de Tóxicos entrou em vigor, o tráfico (art. 12) não era crime hediondo, categoria esta que somente ingressou em nosso universo jurídico a partir de 5 de outubro de 1988. Consequentemente, quando a Lei dos Crimes Hediondos *alçou o crime de tráfico à categoria de hediondos*, a nova Lei e a própria Constituição estabeleceram *um novo fundamento de validade à antiga lei*. Ou seja, a partir da transformação do tráfico de entorpecentes em crime hediondo, o conceito de tráfico *não é mais o mesmo* que o do antigo texto da Lei; o tráfico, agora, *é o tráfico hediondo*, exsurgente do novo *topos* hermenêutico-constitucional. Desnecessário e totalmente despiendo remeter, aqui, o leitor a Kelsen, porque sobejamente conhecido pela comunidade jurídica, naquilo que se chama de princípio da recepção das normas, assim como também a Ferrajoli, na discussão da dicotomia vigência-validade, na qual a primeira é secundária em relação à segunda, *a qual sempre será aferida a partir da confrontação com a Constituição*. Isto significa dizer que, se simples “consumidores”, “possuidores” ou “pequenos traficantes” são processados (e condenados) por crime de tráfico, é porque o tipo penal está sendo aplicado de forma indevida e equivocada. Falta, pois, *in casu*, um olhar constitucional e constitucionalizante. Ou seja, *é preciso ter presente que, em face do crescimento da criminalidade, está ocorrendo a banalização da criminalização, representada pela equivocada aplicação da lei penal*, onde não se obedece (mais) nem sequer à legalidade formal (conceito analítico de delito). Dito de outro modo, se o Estado estabeleceu que o crime de tráfico de entorpecentes deveria ser alçado à categoria de hediondo – e, registre-se, tal classificação não foi nem sequer questionada pelo Poder Judiciário –, é porque o crime de tráfico coloca em xeque a sociedade (e não a saúde individual enquadrável na relação interindividual!!!). Logo, não há como entender a existência de “traficantes bagatelares”. Pequeno traficante ou traficante bagatela é uma contradição em si mesmo! Cf. STRECK, Lenio Luiz. As (novas) penas alternativas à luz da principiologia do Estado Democrático de Direito e do controle de constitucionalidade. In: FAYET JÚNIOR, Ney; CORRÊA, Simone Prates Miranda (Orgs.). *A sociedade, a violência e o direito penal*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2000, p. 121-144. Essa mesma problemática se faz presente nos crimes de atentado violento ao pudor, pela falta de um tipo penal que abarque condutas “intermediárias”. Para tanto, ver parecer que lancei na Apelação-crime nº 70012433421, disponível em [www.leniostreck.com.br](http://www.leniostreck.com.br).

35 Veja-se, a propósito, a contundente crítica de CASTANHEIRA NEVES, Antonio. *O actual problema metodológico da interpretação jurídica* – I. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 287 e segs.

margem da discussão pública: a política, representada pelos conflitos sociais, os direitos fundamentais sociais historicamente sonegados e as possibilidades transformadoras da sociedade a serem feitas *no e a partir do* direito. Afinal, direito constitucional é direito político (H. P. Schneider).

10. Tais perspectivas aparecem a partir de um constitucionalismo compromissário e (ainda) dirigente<sup>36</sup>, mormente em países em que as promessas da modernidade nunca foram cumpridas. E a materialidade das Constituições institucionaliza-se a partir da superação dos três pilares nos quais se assenta(va) o positivismo jurídico (nas suas variadas formas e facetas): o problema das *fontes* (a lei), a teoria da *norma* (o direito é um sistema de regras em que não há espaço para os princípios) e as condições de possibilidade para a compreensão do fenômeno, isto é, a questão fulcral representada pela *interpretação*, ainda fortemente calcada no esquema sujeito-objeto, d'onde permanece o modelo subsuntivo, como se a realidade fosse acessível a partir de raciocínios causais-explicativos.
11. Não se pode menosprezar o papel do positivismo ainda nos dias atuais. Com efeito, o positivismo acredita que o mundo pode ser abarcado pela

36 As características desse novo constitucionalismo provocam profundas alterações no direito, proporcionando a superação do paradigma positivista, que pode ser compreendido no Brasil como produto de uma simbiose entre formalismo e positivismo, no modo como ambos são entendidos pela(s) teoria(s) crítica(s) do direito. Na verdade, embora o positivismo possa ser compreendido no seu sentido positivo, como uma construção humana do direito enquanto contraponto ao jusnaturalismo, e tenha, portanto, representado um papel relevante em um dado contexto temporal, no decorrer da história acabou se transformando – e no Brasil essa questão assume foros de dramaticidade – em uma concepção matematizante do social, a partir de uma dogmática jurídica formalista, de nítido caráter retórico. Com efeito, se o formalismo e o positivismo marca(ram) indelivelmente o pensamento jurídico moderno, no Brasil é possível dizer que em muitos aspectos ambos (ainda) se confundem, isto porque se engendrou um imaginário jurídico atrelado, ao mesmo tempo, ao formalismo e às suas insuficiências, para explicar o direito e a realidade (o direito é concebido no plano abstrato e entendido como sendo apenas um objeto histórico-cultural), e ao positivismo, com as suas características que vêm delineando os caminhos da doutrina e jurisprudência, como por exemplo: a não-admissão de lacunas; o não-reconhecimento dos princípios como normas; as dificuldades para explicar os “conceitos indeterminados”, as normas penais em branco e as proposições carentes de preenchimento com valorações, proporcionando *a discricionariedade do juiz, que acaba se transformando em arbítrio judicial (ou decisionismos voluntaristas)*; a inoperância em face dos conflitos entre princípios, *culminando, via de regra, na sua negação, com a remessa da solução à discricionariedade do juiz*; e, por último, tem ficado visível que o positivismo não tem como tratar da questão da legitimidade do direito. Por isto, a legalidade ocupa o lugar da legitimidade (ver GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 30 e segs.). Como consequência dessa (con)fusão entre normativismo e positivismo, tem-se uma verdadeira blindagem contra a “intervenção” da Constituição (entendida nos quadros do neoconstitucionalismo), que introduz as condições para a superação do problema da identificação (imanência) normativista-positivista entre vigência e validade: na verdade, a Constituição introduz a *diferença* entre *vigência* e *validade*, alçando a validade à condição primeira, caindo por terra a plenipotenciariade textual-normativa e tudo o que isto vem representando no campo jurídico.

linguagem e que a regra – no plano do direito – abarca essa “suficiência do mundo”, isto é, a parte do mundo que deposita na regra as universalidades conceituais que pretendem esgotar a descrição da realidade. Na insuficiência daquela parte da linguagem para fornecer as respostas, chama-se à colação a subjetividade do intérprete, que, de forma solipsista, levanta o véu que “encobre” a resposta que a regra não pôde dar. A diferença entre a regra (positivista) e o princípio é que este está contido na regra, atravessando-a, resgatando o mundo prático<sup>37</sup>. Na medida em que o mundo prático não pode ser dito no todo – porque sempre sobra algo – o *princípio traz à tona o sentido que resulta desse ponto de encontro entre texto e realidade, em que um não subsiste sem o outro* (aqui, o antidualismo entra como condição de possibilidade para a compreensão do fenômeno).

12. Parece não haver dúvida de que o positivismo – compreendido *lato sensu* – não conseguiu aceitar a viragem interpretativa ocorrida na filosofia do direito (invasão da filosofia pela linguagem) e suas conseqüências no plano da doutrina e da jurisprudência. “Todo jurista sabe que as decisões jurídicas dependem de uma multiplicidade de fatores que não estão dados nas regras do sistema”, assinala Campbell<sup>38</sup>. Se isto é verdadeiro – e penso que é – então como é possível continuar a sustentar o positivismo nesta quadra da história? Como resistir ou obstaculizar o constitucionalismo que revolucionou o direito no século XX? Entre tantas perplexidades, parece não restar dúvida de que uma resposta mínima pode e deve ser dada a essas indagações: o constitucionalismo – nesta sua versão social, compromissária e dirigente – não pode repetir equívocos positivistas, proporcionando decisionismos ou discricionariedades interpretativas.
13. Isto é, contra o objetivismo do texto (posturas normativistas-semânticas) e o subjetivismo (posturas axiológicas que desconsideram o texto) do intérprete, cresce o papel da hermenêutica de cariz filosófico, que venho trabalhando sob a denominação de *Nova Crítica do Direito*<sup>39</sup>. Embora o

37 Afinal – e o alerta é de Pablo Navarro (Tensiones conceptuales en el positivismo jurídico. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 24, 2001, p. 133-163) –, o positivismo jamais se comprometeu a reconhecer relevância prática às normas jurídicas, o que significa dizer que podemos descrever o fato de que uma norma seja válida e informar acerca do *status* jurídico de certas ações ou estados de coisas sem aderir ao conteúdo de suas prescrições.

38 Cf. CAMPBELL, Tom. El sentido del positivismo jurídico. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 25, Alicante, 2002, p. 304.

39 Ver, para tanto, STRECK, *Hermenêutica Jurídica*, op. cit.; e, também, STRECK, *Jurisdição Constitucional*, op. cit.

avanço e a importância das teorias do discurso para o enfrentamento das demandas de um universo de direito pós-positivista, em que a jurisdição assume especial relevância, pela necessidade de controlar a indeterminabilidade das normas que não conseguem – por impossibilidade filosófica – abarcar as diversas hipóteses de aplicação, a hermenêutica aqui proposta para superação do positivismo pretende ir além dos discursos prévios de fundamentação trazidos pelas teorias discursivas como solução para o problema da subjetividade (e, portanto, da discricionariedade) do juiz.

14. Daí a tarefa fundamental de qualquer teoria jurídica nesta quadra da história: concretizar direitos, resolvendo problemas concretos. Ou seja, passar da filologia para a sangria do cotidiano. Desse modo, se o dilema da teoria jurídica nestes tempos de resgate de direitos é “como se interpreta”, “como se aplica” (Ian Schapp) e “como se supera o decisionismo positivista que permite múltiplas e variadas respostas”, é necessário dar um salto em direção às perspectivas hermenêuticas que têm na linguagem não um instrumento ou uma terceira coisa que se coloca entre um sujeito e um objeto, mas, sim, a sua própria condição de possibilidade.
15. Nitidamente, ainda há uma resistência à viragem hermenêutico-ontológica<sup>40</sup>, instrumentalizada em uma dogmática jurídica<sup>41</sup> (que continua)

40 Nesse sentido, não devemos esquecer que a concretização da Constituição é, assim, (também) um problema hermenêutico, como bem assinala Konrad Hesse (*A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: SAFE, 1991), para quem resulta de fundamental importância para a preservação e a consolidação da força normativa da Constituição a interpretação constitucional, que se encontra necessariamente submetida ao mandato de otimização do texto constitucional.

41 A crítica à dogmática jurídica não significa, à toda evidência, qualquer pregação no sentido de que a dogmática jurídica seja despreciosa. A dogmática jurídica pode ser crítica. E deve ser crítica. Afinal, não há direito sem dogmática, como bem assevera Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. É exatamente a partir de uma dogmática jurídica consistente e crítica que se pode construir as condições para evitar – ou minimizar – os decisionismos e as discricionariedades, tendo em vista que “não há direito sem uma dogmática onde as palavras tenham um sentido aceito pela maioria, ainda que elas escorreguem e, de tanto em tanto, mereçam – e tenham – uma alteração de curso. Metáforas e metonímias (ou condensações e deslocamentos, como queria Freud), a partir da demonstração de Lacan, esvaziam de sentido (ou conteúdo) preestabelecido qualquer palavra que ganhe um giro marcado pela força pulsional e, portanto, determinada pelo inconsciente. Falar de dogmática – enquanto descrição das regras jurídicas em vigor (Haesaert) –, contudo, não é falar de dogmatismo; e isto é desprecioso discutir. Sem embargo, não são poucos os que confundem – e seguem confundindo – os dois conceitos, com efeitos desastrosos para o direito. Quando se fala de dogmática e o interlocutor pensa em dogmatismo, a primeira reação, invariavelmente, é de desprezo; e por que não de medo, mormente se se quer algo que possa suportar uma postura avançada, de rompimento com o *status quo*. Sem embargo do erro grosseiro, a situação cria embaraços e constrangimentos, exigindo uma faina dissuasiva elaborada e complexa, com efeitos duvidosos porque se não tem presente os reais resultados [...] A dogmática, então, precisa ser crítica (do grego *kritiké*, na mesma linha de *kritérion* e *krisis*) para não se aceitar a regra, transformada em objeto,

refratária a uma reflexão mais aprofundada acerca do papel do direito no século XXI. Sejam claros: no campo da interpretação do direito, não houve ainda a invasão da filosofia pela linguagem. E não há como esconder essa evidência: inserido nessas crises, o jurista (ainda) opera com as conformações da hermenêutica clássica, vista como pura técnica (ou técnica pura) de interpretação (*Auslegung*), na qual a linguagem é entendida como uma terceira coisa que se interpõe entre um sujeito cognoscente (o jurista) e o objeto a ser conhecido (o direito). *Sempre sobra, pois, a realidade!* Esse modo-de-ser encobre o acontecer propriamente dito do agir humano, *objetificando-o na linguagem e impedindo que se dê na sua originalidade, enfim, na sua concreta faticidade e historicidade*.

16. É isto! A viragem lingüístico-hermenêutica (*ontologische Wendung*) demonstrou que ambas as metafísicas (clássica e moderna) foram derrotadas. E o direito, *locus* privilegiado do processo hermenêutico – porque os textos necessitam sempre de interpretação, questão que a própria dogmática jurídica reconhece –, não pode caminhar na contramão desse rompimento paradigmático. Tais conclusões, porque hermenêuticas, não são, a toda evidência, definitivas. Como já referido acima, a hermenêutica, por ser crítica, está inexoravelmente condenada à abertura e ao diálogo.

## REFERÊNCIAS

ALBERT, Hans. *Tratado da Razão Crítica*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1976.

APEL, Karl-Otto et.al. *Hermeneutik und Ideologiekritik*. Frankfurt am Maim: Suhrkamp, 1971.

ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2003.

CALSAMIGLIA, Albert. Postpositivismo. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 21, Alicante, 1998, p. 209-220.

---

como uma realidade. Isso só é possível, por evidente, porque se tem presente que o real é impossível quando em jogo a sua apreensão e, com muito custo, que a parcialidade a que se chega depende, no seu grau (embora difícil mensurar o *quantum*), de muitos saberes que não aquele jurídico. Trata-se, portanto, de uma linha média, que não abdica, de forma alguma, da dogmática (dado ser imprescindível o seu conhecimento, sob pena de se não ter juristas, mas verdadeiros gigolôs), a qual deve estar sempre atenta às arapucas ideológicas do positivismo e, assim, abre-se, por necessidade, por ser imperioso, a outros saberes, a serem dominados na medida do possível” (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Dogmática crítica e limites lingüísticos da lei. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, Crítica à dogmática*, n. 3, Porto Alegre, 2005, p. 37-44).



CAMPBELL, Tom. El sentido del positivismo jurídico. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 25, Alicante, 2002, p. 303-331.

CASTANHEIRA NEVES, Antonio. *O actual problema metodológico da interpretação jurídica – I*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Dogmática crítica e limites lingüísticos da lei. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, Crítica à dogmática*, n. 3, Porto Alegre, 2005, p. 37-44.

DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1977.

GADAMER, Hans-Georg. *Wahrheit und Methode. Ergänzungen Register*. Hermeneutik II. Tübingen: Mohr, 1990.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

HART, Herbert. *The Concept of Law*. Oxford: Oxford University Press, 1961.

HERNÁNDEZ GIL, Antonio. La justicia en la concepción del derecho según la Constitución española. In: LÓPEZ PINA, Antonio. *División de poderes e interpretación: hacia una teoría de la praxis constitucional*. Madrid: Tecnos, 1987, p. 150-154.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: SAFE, 1991.

KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Orgs.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Lisboa: Gulbenkian, 2002.

KELSEN, Hans. *A Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

NAVARRO, Pablo Eugenio. Tensiones conceptuales en el positivismo jurídico. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 24, 2001, p. 133-163.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PUTNAM, Hillary. *Razão, verdade e história*. Lisboa: Dom Quixote, 1992.

\_\_\_\_\_. *Representation and Reality*. Massachusetts: Institute of Technology, 1988.

\_\_\_\_\_. *O realismo de rosto humano*. Lisboa: Piaget, s/d.

STEIN, Ernildo. *Nas proximidades da antropologia*. Ijuí: Unijuí, 2003.

\_\_\_\_\_. *Diferença e metafísica*. Porto Alegre: Edipucrs, 2000.

\_\_\_\_\_. *Anamnese. A filosofia e retorno do reprimido*. Porto Alegre: Edipucrs, 1997.

\_\_\_\_\_. *Seminários sobre a verdade*. Petrópolis: Vozes, 1993.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

\_\_\_\_\_. O efeito vinculante das súmulas e o mito da efetividade: uma crítica hermenêutica. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, Crítica à dogmática*, n. 3, Porto Alegre, 2005, p. 83-128.

\_\_\_\_\_. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica. Uma Nova Crítica do Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro, 2004.

\_\_\_\_\_. Da proibição de excesso (Übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (Untermassverbot): de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, (Neo)constitucionalismo*, n. 2, Porto Alegre, 2004, p. 243-284.

\_\_\_\_\_. As (novas) penas alternativas à luz da principiologia do Estado Democrático de Direito e do controle de constitucionalidade. In: FAYET JÚNIOR, Ney; CORRÊA, Simone Prates Miranda (Orgs.). *A sociedade, a violência e o direito penal*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2000, p. 121-144.